



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: **LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil ocho (2008).

Radicación No. **1.879**

Referencia: **INHABILIDAD SOBREVINIENTE.**

¿Se predica de un servidor público de la administración departamental, cuyo familiar mediante elección popular asume como nominador de la entidad en la cual presta sus servicios?.

El señor Director del Departamento Administrativo de la Función Pública doctor Fernando Grillo Rubiano, desea saber si la Sala mantiene la línea doctrinal expuesta en el Concepto No. 1.347 de 2001 sobre el tema de la referencia. Al respecto, después de un breve análisis de las normas que regulan la materia y de citar los apartes pertinentes del referido Concepto, pregunta:

“¿Sobreviene inhabilidad para una persona vinculada como servidor público a la administración departamental, con motivo de la posesión de su pariente, en los grados señalados en la constitución y la ley, en un cargo de elección popular que tiene asignada la facultad nominadora en la entidad donde se encuentra vinculada?.

CONSIDERACIONES

Para efectos de absolver la presente consulta la Sala se contraerá a revisar la inhabilidad sobreviniente respecto del servidor público del nivel departamental ligado por parentesco con quien ha resultado elegido para un cargo que comporta la facultad nominadora en la entidad donde aquél presta sus servicios, pues como bien se expresa en la Consulta, el tema objeto de la misma ya había sido materia de estudio por parte de esta Sala en el radicado No. 1.347 de 2001, de manera que la nueva solicitud pretende

fundamentalmente confirmar si la línea doctrinal allí expuesta se encuentra vigente.

1. Inhabilidades e incompatibilidades

La función pública entendida como el conjunto de tareas y de actividades que deben adelantar los diferentes órganos del Estado, se dirige a la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad y por consiguiente se exige de ella que se desarrolle con arreglo a unos principios mínimos que garanticen la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad, permitan asegurar su correcto y eficiente funcionamiento y generar la legitimidad y buena imagen de sus actuaciones ante la comunidad.

En consecuencia, quienes como servidores públicos acceden a la administración deben reunir cualidades y condiciones que estén acordes con los supremos intereses que en beneficio de la comunidad se gestionan a través de dicha función. Es por ello que tanto la Constitución como la ley, además de exigir ciertas calidades especiales para determinados cargos públicos, determinan las situaciones que generan inhabilidades o incompatibilidades, las primeras por la presencia de circunstancias objetivas o subjetivas que impiden a ciertas personas acceder a la función pública, y las segundas se refieren a circunstancias que por razones de eficiencia y moralidad administrativa, buscan evitar que se acumulen funciones, actividades, facultades o cargos.

En síntesis tanto las inhabilidades como las incompatibilidades son especies de un mismo género, pues aunque se refieran a momentos y situaciones diferentes, ambas tienen el carácter de prohibiciones,

Así, en términos generales en materia electoral las inhabilidades son situaciones de hecho previas a la designación, que impiden a un ciudadano postularse válidamente para ser elegido a un cargo o corporación pública, en razón de intereses personales o por la ausencia de calidades para el ejercicio del cargo; la inhabilidad genera la nulidad de la elección o nombramiento.

Por su parte las incompatibilidades son prohibiciones para realizar actividades o gestiones de manera simultánea con el ejercicio de un cargo; la violación del régimen de incompatibilidades no da lugar a nulidad de la designación puesto que el servidor público incurre en ellas estando en ejercicio de sus funciones, pero puede tener otros efectos como dar lugar a una sanción disciplinaria o a la pérdida de la investidura.

Las causales de inhabilidad e incompatibilidad deben estar expresa y taxativamente establecidas en la Constitución o en la ley, son de aplicación o interpretación restrictivas y no admiten analogía.

2. Inhabilidad sobreviniente

Una causal de inhabilidad se torna en sobreviniente cuando durante el desempeño de un cargo se presentan situaciones previstas en la ley como supuestos de hecho de una inhabilidad, de manera que por ser de ocurrencia posterior a la elección o nombramiento no genera la nulidad del acto de elección o designación, pero tiene consecuencias jurídicas respecto del ejercicio del cargo que se está desempeñando.

Es el caso de las inhabilidades que surgen como consecuencia de condenas impuestas a través de sentencias judiciales, o bien de decisiones adoptadas en procesos disciplinarios, en virtud de las cuales se deduce la responsabilidad por un hecho ilícito o por la comisión de una falta disciplinaria.

Al respecto cabe recordar que el Código Penal, teniendo en cuenta la importancia o entidad de las penas, las clasifica en principales (prisión, arresto y multa, art. 35), según que se impongan de manera autónoma como consecuencia de una infracción penal; y accesorias (la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, restricción domiciliaria, pérdida de empleo público u oficial, prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio, etc., art. 43), cuando suponen una pena principal a la cual se unen o acceden.

También la ley 734 de 2002, *Código Disciplinario Único*, con el mismo criterio, establece para los infractores de las normas disciplinarias sanciones principales como la destitución e inhabilidad general –*para las faltas gravísimas, dolosas o realizadas con culpa gravísima (art. 44)*- sanción ésta que a su vez implica, entre otras consecuencias “...la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera” (art. 45-d).

La inhabilidad sobreviviente para el ejercicio de funciones públicas se puede predicar de cualquier cargo o función, tiene un término señalado en el respectivo fallo y puede llevar a que el sancionado sea excluido de la carrera.

El artículo 37 del Código Disciplinario Único, se refiere a las inhabilidades sobrevinientes en los siguientes términos:

ARTÍCULO 37. INHABILIDADES SOBREVINIENTES. *Las inhabilidades sobrevinientes se presentan cuando al quedar en firme la sanción de destitución e inhabilidad general o la de suspensión e inhabilidad especial o cuando se presente el hecho que las generan el sujeto disciplinable sancionado se encuentra ejerciendo cargo o función pública diferente de aquel o aquella en cuyo ejercicio cometió la falta objeto de la sanción. En tal caso, se le comunicará al actual nominador para que proceda en forma inmediata a hacer efectivas sus consecuencias.*

De igual forma la ley 190 de 1995 “*Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa*”, establece en su artículo 6o.

ARTÍCULO 6o. En caso de que sobrevenga al acto de nombramiento o posesión alguna inhabilidad o incompatibilidad, el servidor público deberá advertirlo inmediatamente a la entidad a la cual preste el servicio.

Por tratarse de inhabilidades sobrevivientes, en caso de presentarse una situación de esta naturaleza, la norma prevé un mecanismo de solución diferente a la declaratoria de nulidad, al señalar en su inciso segundo que “*Si dentro de los tres (3) meses siguientes el servidor público no ha puesto fin a la situación que dio origen a la inhabilidad o incompatibilidad, procederá su retiro inmediato, sin perjuicio de las sanciones a que por tal hecho haya lugar*”.

Es de advertir que el citado inciso segundo fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-038 de 1996 “*pero únicamente bajo el entendido de que la inhabilidad o incompatibilidad sobrevivientes no se hayan generado por dolo o culpa imputables al nombrado o al funcionario publico a los que se refiere dicho precepto*”.

3. Prohibición a los servidores públicos de nombrar familiares e impedimento para que éstos sean designados en el mismo nivel territorial

Como antes se dijo, fue propósito esencial del Constituyente de 1991 establecer un régimen riguroso de inhabilidades, incompatibilidades y limitaciones para el ejercicio de los cargos públicos, con el objeto de garantizar que el ejercicio de funciones públicas condujera a la toma de decisiones objetivas acordes con la finalidad esencial del Estado, que es el bienestar comunitario.

Por ello, con el fin de evitar que el ingreso al servicio público pueda originarse en consideraciones distintas a los méritos y calidades personales y profesionales de los aspirantes, algunos preceptos Constitucionales y legales prohíben a los servidores públicos designar bien sea de manera general o para el ámbito territorial de su jurisdicción a personas con las cuales se tienen cierto tipo de vínculos familiares.

En tal sentido el artículo 126 de la Constitución consagra la siguiente prohibición general a los servidores públicos:

“ARTICULO 126. Los servidores públicos no podrán nombrar como empleados a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente. Tampoco podrán designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación.

Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos”. (Negrillas de la Sala).

Igualmente, el artículo 292 Superior, en su inciso segundo establece:

“Artículo 2o. (...)

No podrán ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados y concejales, ni sus parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil”. (Negrillas de la Sala).

Las dos normas constitucionales no se excluyen sino que por el contrario comparten una misma finalidad, haciéndose compatibles en su aplicación. En efecto, el artículo 126 prohíbe a todo servidor público nombrar a sus parientes dentro de ciertos grados de consanguinidad o afinidad. Para que esta prohibición opere se requiere entonces que el servidor público sea el nominador y su pariente el nominado, por ello la norma constitucional dice *"los servidores públicos no podrán nombrar..."*.

En cambio en el enunciado del artículo 292 consagra la prohibición para ciertos ciudadanos de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos de la respectiva entidad territorial, cuando en la misma ejercen su actividad como diputados o concejales personas con quienes tienen un vínculo matrimonial o de unión permanente de hecho o parentesco en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.

Ahora, si bien es cierto que el propio texto Constitucional consagra la prohibición en relación con el acceso al servicio público por vínculos familiares, también lo es que corresponde al legislador desarrollarla en ejercicio de las facultades otorgadas por el mismo ordenamiento superior en los artículos 123 al disponer que *"Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento"*, y 150.23, según el cual: *"Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones... 23. Expedir las leyes que regirán el servicio de las funciones públicas..."*.

En virtud de esa facultad de configuración legal, se expidió la ley 1148 de 2007 *"Por medio de la cual se modifican las leyes 136 de 1994 y 617 de 2000"*, en la que el legislador reiteró la prohibición contenida en los artículos 126 y 292 de la Carta Política.

Dice el artículo 1o. de la ley 1148 de 2007 por medio del cual se modificó el artículo 49 de la ley 617 de 2000:

“Artículo 1o. El artículo 49 de la ley 617 de 2000 que dará así:

Artículo 49. Prohibiciones relativas a cónyuges, compañeros permanentes y parientes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales; concejales municipales y distritales.

(...)

Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas.

(...)

Parágrafo 1o. Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre carrera administrativa.

(...)"

Para el caso previsto en la disposición en cita, ni siquiera importa saber quien es el nominador, puesto que la norma legal utiliza gramaticalmente la forma verbal pasiva "no podrán ser designados...". Para que esta prohibición legal opere basta entonces que una persona sea pariente en los grados de consanguinidad y afinidad previstos de un gobernador, un alcalde, un concejal, un diputado o un miembro de una junta administradora local para que no pueda acceder a un cargo público en el ámbito de jurisdicción del respectivo ente.

Excepcionalmente, el parágrafo 1o. del artículo 49 de la ley 617 de 2000 recoge la disposición contenida en el inciso 2o. del artículo 126 Superior, mediante la cual se excluye de la prohibición general de los servidores estatales, la posibilidad de realizar ciertos nombramientos de personas cercanas afectiva y familiarmente en virtud de los resultados obtenidos por el empleo de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos.

Dicha excepción, además de reiterar legalmente el contenido de una norma constitucional en el campo de la función pública territorial, otorga total vigencia a los principios constitucionales de descentralización política y administrativa y de autonomía de las entidades territoriales, y refleja la voluntad del Constituyente de 1991 en el sentido de establecer la carrera administrativa como un sistema que garantice a todos los ciudadanos el derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos en igualdad de condiciones, sin que medien razones políticas o privilegios fundados en las relaciones familiares entre los aspirantes y el nominador.

4. El caso concreto

La consulta que en este concepto se atiende, pretende establecer si sobreviene inhabilidad para un servidor público departamental, por el hecho de que un pariente suyo haya tomado posesión en un cargo de elección popular que tiene asignada la facultad nominadora de la entidad donde el servidor en cuestión se encuentra vinculado.

En el caso descrito para que la persona elegida esté sujeta a la prohibición constitucional de que habla el artículo 126 de la Carta, esto es, de **nombrar o designar como funcionarios del respectivo departamento** a sus cónyuges o compañeros permanentes y a sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, es requisito *sine qua non* que tome posesión del respectivo cargo, formalidad con la que se asume plenamente la función pública y, para el caso, la facultad nominadora; la cual, dicho sea de paso, sólo es posible ejercerla hacia el futuro.

Igualmente, para que se presente la prohibición prevista en los artículos 292 inciso segundo y 49 de la ley 617 de 2000, esto es, para que los parientes de la persona elegida no puedan ser designados para los cargos allí referenciados, es presupuesto indispensable que aquella haya tomado posesión del cargo, independientemente de que el mismo comporte o no el ejercicio de la función nominadora.

Las dos modalidades de prohibición analizadas tienen un elemento en común para que puedan configurarse, esto es, que el pariente elegido haya previamente tomado posesión del respectivo cargo.

Sin embargo, en el caso que se analiza el servidor público departamental que nos ocupa se encontraba vinculado a la entidad antes de que su pariente resultara elegido, es decir, su designación provino de un acto administrativo expedido por quien era competente y no se hallaba impedido para hacerlo; acto éste que además se encuentra amparado por la presunción de legalidad.

No sobra advertir que una vez posesionado el pariente nominador, éste no podrá ascender, evaluar o promocionar al familiar vinculado a la entidad, salvo que el mismo se encuentre desempeñando un cargo de carrera administrativa, situación que lo haría incurso en la excepción prevista en inciso segundo del artículo 126 Superior y parágrafo 1o. del artículo 49 de la ley 617 de 2000.

En este orden, la Sala considera que en el asunto materia de estudio no se configura inhabilidad sobreviniente alguna, por no estar prevista la situación planteada en norma constitucional o legal que así lo establezca, razón por la cual se mantiene en todas sus partes la posición doctrinaria contenida en el Concepto 1347 de 2001.

LA SALA RESPONDE:

“¿Sobreviene inhabilidad para una persona vinculada como servidor público a la administración departamental con motivo de la posesión de su pariente, en los grados señalados en la constitución y la ley, en un cargo de elección popular que tiene asignada la facultad nominadora en la entidad donde se encuentra vinculada?”.

Al servidor público vinculado a la administración departamental con anterioridad a la posesión de un familiar –*en los grados previstos en la Constitución y en la ley*– en un cargo de elección popular que comporta la facultad nominadora de la entidad donde se encuentra laborando, no le sobreviene inhabilidad alguna por el hecho de que su vinculación es anterior a la elección y posterior posesión del referido pariente.

Transcríbase al señor Director del Departamento Administrativo de la Función Pública. Igualmente envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO
Presidente de la Sala

GUSTAVO E. APONTE SANTOS

ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO

WILLIAM ZAMBRANO CETINA

LIDA YANNETTE MANRIQUE
Secretaria de la Sala